

# Massaschade en fondsvorming

door

J P Hustinx & C J J M Stolker<sup>1</sup>

## 1. Massaschade in de risicomaatschappij

Enkele weken geleden berichtte *NRC Handelsblad* dat Philip Morris en RJR Nabisco bereid zijn 300 miljard dollar (!) te betalen om alle rechtsvervolgning in de VS op het gebied van roken af te kopen. Overleg daarover zou al vergesvorderd zijn.<sup>2</sup>

Wij leven, zo wordt steeds vaker gezegd, in een *risico*-maatschappij.<sup>3</sup> Kenmerk van die maatschappij is dat aansprakelijkheid een heel andere vorm heeft aangenomen. Zo maken moderne risicoaansprakelijkheden zich los van de klassieke gedachte van individuele verwijtbaarheid (schuld aansprakelijkheid). De wetgever, en soms de rechter, vindt het redelijker om bepaalde schade voor rekening te laten komen van bepaalde collectieven (overheid, bedrijven) in plaats van voor individuele burgers.<sup>4</sup> De type risico's zouden ook veranderen: moderne risico's als besmettingen, straling (EMF), asbest, tabak, bepaalde beroepsziekten, BSE, kenmerken zich vaak doordat ze niet goed waarneembaar zijn voor menselijke zintuigen, de berokkende schade onomkeerbaar is, de aard en omvang van de schade van dien aard is dat vertrouwde antwoorden als verzekering en aansprakelijkheid tekortschieten, alsook doordat de wetenschap niet in staat is om afdoende en unanieme kennis over aard, omvang en bestrijding van schade te leveren.

Deze zogenaamde nieuwe risico's kenmerken zich bovendien door de vaak grootschalige schade die ontstaat, waarbij een grote groep gelaedeerden en een beperkt aantal potentieel aansprakelijken tegenover elkaar komen te staan. Inzoverre kan men zeggen dat het klassieke aansprakelijkheidsrecht kraakt in zijn voegen onder het gewicht van de symptomen van maatschappelijke schaalvergroting. Het juridisch begrippenkader en het wettelijk instrumentarium zijn nog geschoeid op de leest van de traditionele tweerelatie en lijken niet goed toegerust op de taak die gevallen van massaschade eisen. In de eerste plaats trekt de massaliteit van dergelijke gevallen een zware wissel op onze procesrechtelijke instituten.

Maar ook het materiele recht blijkt vaak een maatje te klein om de netelige problemen die massaschadegevallen meebrengen van een rechtvaardige oplossing te voorzien. Veelal gaat het daarbij om problemen die ook zouden bestaan binnen een klassieke tweerelatie. Maar uitvergroott door de macht van het getal, lijkt de onrechtvaardigheid van de uitkomst op collectief niveau onaanvaardbare proporties aan te nemen.

In dit artikel concentreren wij ons op de vraag of de procedurele problemen die massaschade met zich meebrengt, kunnen worden opgelost door de vorming van een fonds. Daarbij maken wij onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke fondsen. En passant besteden wij aandacht aan het advies dat De Ruiter onlangs uitbracht inzake asbestschade

## 2. Fondsvorming bij wet

Waar het aansprakelijkheidsrecht hapert, wordt met een zekere regelmaat het schadefonds als mogelijke uitkomst naar voren geschoven. Fondsvorming is soms niet veel meer dan een stoplap voor het geval dat discussies dreigen vast te lopen op het tekort van het aansprakelijkheidsrecht. Ook in de massaschadediscussie wordt de fondsooplossing door een aantal schrijvers terloops vermeld. Doorgaans ziet men voor de oprichting en vormgeving van het beoogde fonds een taak weggelegd voor de wetgever.<sup>5</sup> Veelal wordt echter verzuimd de essentiële kenmerken en functies nader uit te werken. Dat bevreemdt omdat 'het' schadefonds niet bestaat. Het debat over de wenselijkheid van een (wettelijk) schadefonds in een concrete situatie kan pas relief krijgen wanneer voor- en tegenstanders aangeven welke specifieke vorm zij voor ogen hebben. Het is daarom goed vooraf in grote lijnen de verschillende ladingen aan te geven die door de schadefondsvlag kunnen worden gedekt, en die van enige kanttekeningen te voorzien.

Een funderend beginsel van het schadevergoedingsrecht is nog steeds dat eenieder zijn eigen schade dient te dragen. Dit principe lijdt tweemaal uitzondering. Allereerst bestaat het afwentelingsmechanisme op de sociale zekerheid. Een tweede systeem om schade over te hevelen op anderen is het aansprakelijkheidsrecht. Hoewel daarin enige rek zit, zijn er talloze situaties waarin het niet mogelijk is om (de totaliteit van) individueel geleden schade langs civiele weg op derden af te wentelen. Wanneer bepaalde schade onverhaalbaar blijkt, wordt het fonds wel opgevoerd als derde uitzondering om bepaalde groepen gelaedeerden publiekrechtelijk alsnog in staat te stellen hun schade te verhalen. Onverhaalbaarheid van schade kan een aantal redenen hebben, welke kunnen worden vertaald in evenzovele functies waarin een schadefonds hieraan tegemoet zou kunnen komen.

1 Schrijvers zijn als student fellow respectievelijk als hoogleraar-directeur verbonden aan het E. M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de RU Leiden.

2 *NRC Handelsblad* 17 april 1997.

3 Zie recent J. H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pkmeer*, oratie Groningen 1997 en N. J. H. Hulst, *Recht in de risicomaatschappij*, oratie Delft 1997.

4 Zie het themanummer *De risicomaatschappij*, *Justitiele Verkenningen* 1996 nr. 5 en daarin vooral B. de Vroom en R. A. Bal, p. 24 e.v.

5 Vgl. bijv. in het kader van de Des-problematiek J. Spicer, *TMA* 1991 p. 43; Hartkamp, concl. 18 en 27 bij het Des-arrest, *Brunner NJ* 1994 p. 2503; vgl. in het kader van het asbest-vraagstuk bijv. M. Kremer, *AA* 1994 p. 503 en M. J. A. L. Woertman, in *Jaarboek Consumentenrecht* 1995 pp. 181-182. Ook in kringen van milieujuristen wordt de roep om een wettelijk milieuschadefonds wel gehoord. Vgl. bijv. H. E. Broning, *Fondsvorming en financiële zekerheden in Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade*, Zwolle 1989 pp. 151-168 en P. A. Kottengen-Edzies, *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. EUR, Arnhem 1992 p. 295 e.v. Het ministerie van VROM heeft in 1994 een onderzoek laten uitvoeren naar de mogelijkheden van een dergelijk fonds (Publicatie Reeks Milieubeheer 1994/3 VROM). Zie hierover kritisch E. H. Hulst, *IMA* 1995 pp. 167-173.

- i omdat aansprakelijkheid (wettelijk) is gelimiteerd blijft het residu van de schade voor rekening van de gelaedeerde: het fonds heeft dan een *aanvullende functie*;
- ii weliswaar kan de aansprakelijke worden aangewezen, maar het risico bestaat dat deze insolvent is: wij spreken van *waarborgfunctie* (1);
- iii weliswaar is de schadeveroorzaker aanwijsbaar, maar hij is niet aansprakelijk. *waarborgfunctie* (2);
- iv een individuele schadeveroorzaker is niet te identificeren, onvindbaar, of de schade is het gevolg van boven-individuele omstandigheden: een *vangnetfunctie*.

De architecten van een fonds nu zien zich voor de keuze gesteld of zij bij bepaling van de uitkeringsvoorwaarden uitgaan van dezelfde variabelen, of (gedeeltelijk) een alternatieve set van voorwaarden scheppen. Een fonds kan met andere woorden (a) een verlengstuk vormen van het aansprakelijkheidsrecht, of (b) uitkeren ongeacht de kans op vergoeding krachtens het aansprakelijkheidsrecht. De bekendste in ons land reeds operationele wettelijke schadefondsen – het *International Oil Pollution Compensation Fund*,<sup>6</sup> het *Waarborgfonds Motorverkeer*, het *Schadefonds geweldmisdrijven* en het *Fonds Luchtverontreiniging*<sup>7</sup> – vertonen duidelijke overeenkomsten.<sup>8</sup> Alle hebben een subsidiair karakter. Alle pogen in meer of mindere mate de onregelmatigheden glad te strijken die optreden in het proces van civielrechtelijk schadeverhaal van specifieke duidelijk afgebakende groepen gelaedeerden. Gemeenschappelijk kenmerk is voorts dat bij oprichting het bereik van de uitkeringsvoorwaarden werd beperkt tot bepaalde *toekomstige* schadegevallen.

Of, en zo ja in hoeverre, de wetgever bepaalde groepen benadeelden door oprichting van een schadefonds uitkomst biedt, blijkt veelal afhankelijk van overwegingen van politieke haalbaarheid en beleidskeuzes waarop juristen weinig grip hebben. Daarbij speelt de vraag wie het fonds moet financieren (voeden) een belangrijke rol. De overheid kan onmogelijk de Maecenas zijn van alle 'zielige' groepen slachtoffers die langs de bestaande wegen ongecompenseerd blijven. Bovendien zal zij huiverig zijn een precedent te scheppen. Wanneer de overheid niet thuis geeft, zullen andere financieringsbronnen moeten worden aangeboord om de voorvulling van het fonds noodzakelijke gelden op te brengen.

Selectie van bijdrageplichtigen behoeft uiteraard wel een deugdelijke (rechts)grond. En die is niet altijd eenvoudig te vinden. Dat de industrie – medeveroorzaker aan de milieuvervuiling waarvan zij jarenlang de vruchten heeft kunnen plukken – wordt aangewezen om het Fonds Luchtverontreiniging te spijzen, kan nog wel op een maatschappelijk draagvlak rekenen. Maar naarmate het verband tussen schade en handelen van de beoogde betalers verwatert, wordt dat minder vanzelfsprekend. Desalniettemin is in abstracto niet onverdedigbaar dat een samenleving die met bepaalde omvangrijke schade zal worden geconfronteerd, daarvoor nu alvast begint te 'sparen'. Onder deze omstandigheden kan de gedachte aan enigerlei vorm van wettelijk schadefonds opkomen, gevoed door heffingen op diegenen die met hun activiteiten bijdragen aan het risico.<sup>9</sup>

### 3. Damage scheduling

Aanmerkelijk gecompliceerder liggen de zaken wanneer door oprichting van een schadefonds beoogd wordt een oplossing te bieden voor een schadelast uit het verleden. Geeft de voedingsvraag bij fondsvorming *ex ante* al aanleiding voor moeilijkheden, in de discussie over fondsvorming *ex post* blijkt de voeding vaak een ware Gordiaanse knoop te zijn. Wij komen hierop terug bij de bespreking van de bezwaren tegen een asbestfonds. In theorie kunnen ook bij de aanpak van schade uit het verleden in aanvulling op het aansprakelijkheidsrecht fondsen met een of meer van de eerder geschetste functies in het leven worden geroepen.

Het is in dit kader echter evenzeer mogelijk schadefondsen een prominentere (meer dan een aanvullende) plaats toe te denken. Wanneer door de klemmen en voetangels op de weg naar vergoeding van massaschadeslachtoffers het aansprakelijkheidsrecht *als zodanig* niet geacht wordt in een bevredigende oplossing te voorzien, wordt het fonds wel geopperd als *alternatief* schadeafwentelingsmechanisme. Aangevend dient te worden dat het daarbij primair gaat om *in civilibus* in beginsel *verhaalbare* vorderingen.

De ratio van dergelijke autonome compensatiefondsen is de vergoedingsaanspraken, ter omzeiling van het moeizame proces van civielrechtelijk schadeverhaal, langs een fonds te leiden dat een sterk vereenvoudigde en gestandaardiseerde uitkeringsprocedure hanteert. Daarbij zou kunnen worden aangeknoopt bij de in de Amerikaanse schikkingspraktijk op grote schaal toegepaste techniek van *damage scheduling*.<sup>10</sup> Voor de beoordeling van vorderingen wordt dan gebruikgemaakt van een vergoedingsmatrix van objectieve criteria als aard en omvang van de schade, leeftijd en inkomensniveau. Bovendien laat *damage scheduling* zich desgewenst verfijnen door nog andere subjectieve factoren als eigen schuld te verdisconteren. Gelaedeerden maken aanspraak op een vast vergoedingsbedrag wanneer zij kunnen aantonen dat zij voldoen aan de voorwaarden van de corresponderende schade-categorie. Te denken valt bijvoorbeeld aan een lage basisvergoeding middels een eenvoudige *proof of claim* procedure, met evenredig aan de stijging van de uitkeringshoogte toenemende bewijsvereisten. Aldus worden de transactiekosten tot het minimum beperkt.

Daarenboven schuilt een aansprekend voordeel in de beheersbaarheid. De wetgever zou de voor de schade-erfenis

6 Zie over (de uitkeringsvoorwaarden van) dit fonds uitgebreider P. Bierbooms en E. H. P. Brans, *Milieuschade en civiel aansprakelijkheid voor omliggende zaken*, NJB 1993, pp. 88-9.

7 Zie voor een kritische beschouwing over dit fonds E. Poortinga en G. Poortinga, *Het Fonds Luchtverontreiniging en de zure regen*, M&R 1986, pp. 134-141.

8 Zie uitvoeriger en voor een verdere uitsplitsing van wettelijke schadefondskenmerken J. P. Hustinx, *Massaschade en fondsvorming*, Working Paper 56, E. M. Meijers Instituut, RU Leiden 1997, hoofdstuk 4.

9 Men kan zich overigens afvragen of fondsvorming wel de aangewezen manier is om op toekomstige verhaalsproblemen te anticiperen. Zie nader M. G. Faure en T. Hartlief, *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer 1995, n.b. pp. 291-298, die oprichting van een schadefonds *ex ante* in een breder perspectief van mogelijke oplossingsrichtingen plaatsen en op rechtseconomische gronden afwijzen.

10 Vgl. over *damage scheduling* in de massaschadecontext uitgebreid bijv. G. O. Robinson en K. S. Abraham, *Aggregative valuation of mass tort claims*, 53 *Law & Contemporary Problems*, Autumn 1990, pp. 137-157. Voorts D. Rosenberg, *Damage scheduling in mass exposure cases*, *Courts, Health Science & the Law* 1991, pp. 335-351.

verantwoordelijk geachte laedentes kunnen verplichten, al dan niet met inachtneming van de grens van hun verdere levensvatbaarheid, alle beschikbare middelen in het fonds te storten. Na raming van de te verwachte claimslast zou het eventueel negatief saldo volgens een bepaalde sleutel over de hele linie op de hoogte van de uit te keren bedragen in mindering kunnen worden gebracht.

Op papier heeft het idee van centrale afwikkeling door een exclusief autonoom compensatiefonds een zekere charme. Bij de concrete vormgeving doemen echter fundamentele bezwaren op. Noodzakelijk complement van de vergaande bijdrageplicht van laedentes is dat hun de zekerheid wordt geboden te zijn bevrijd van verdere aansprakelijkheid. Het blijkt in praktijk echter moeilijk de deur naar schadeverhaal via de rechter te vergrendelen. De meest ingrijpende oplossing om exclusiviteit te verzekeren zou zijn alle mogelijke vorderingen op de fondsfinancierders uit hoofde van de schadebrengende gebeurtenis bij wet automatisch om te zetten in een (eventuele) aanspraak op het fonds. Belangrijkste bezwaar tegen zo'n radicale aanpak is dat de *grondrechten* van individuele benadeelden onvermijdelijk in het gedrang komen. Dat eisers met een 'sterke' claim worden verplicht genoeg te nemen met een gefixeerd en noodzakelijkerwijs lager schadebedrag, leidt immers tot een onvrijwillige herverdeling van 'sterke' naar 'zwakke' claims binnen de groep van gelaedeerden. De Duitse wetgever heeft bedoelde weg niettemin bewandeld bij creatie van een compensatiefonds voor Soefnon-slachtoffers.<sup>11</sup> De bezwaren van een aantal misdeelden ten spijt, werd de wettelijke wisseltruc door de hoogste rechter niet in strijd geacht met de Duitse Grondwet.<sup>12</sup> Over het algemeen echter zal benadeelden met een harde vordering niet bij voorbaat de mogelijkheid van civiel schadeverhaal kunnen worden ontzegd.<sup>13</sup>

Indien exclusiviteit niet kan worden gegarandeerd – omdat de politieke wil ontbreekt of omdat de noodzaak de grondrechten van betrokkenen te eerbiedigen zich hiertegen verzet – vallen de proceseconomische voordelen van een autonoom compensatiefonds voor een belangrijk deel weg. Bovendien zijn de financiële risico's niet meer in te schatten omdat onduidelijk is hoeveel eisers hun vordering bij de burgerlijk rechter zullen trachten te verzilveren, en met welke resultaten. Zou een autonoom compensatiefonds naast het aansprakelijkheidsrecht worden geplaatst, dan lijkt ten slotte moeilijk te voorkomen dat benadeelden van twee walletjes zullen eten.

Dergelijke fondsen kunnen niettemin uitkomst bieden wanneer snelle en effectieve schadevergoeding van een specifieke groep gelaedeerden hoge prioriteit heeft op de politieke agenda. Een goed voorbeeld daarvan is het Franse *Fonds d'indemnisation des transfusés et hémo-philes*,<sup>14</sup> dat patiënten die door bloedtransfusie HIV-geïnfecteerd zijn geraakt een volwaardig alternatief biedt voor een civiele schadeclaim. De uitkeringsvoorwaarden zijn royaal. In beginsel ontstaat een aanspraak door bewijs te overleggen van seropositiviteit en behandeling in een Franse kliniek gedurende een bepaalde periode. Voldoening aan deze voorwaarden schept een bewijsvermoeden dat slechts met positief tegenbewijs kan worden gepareerd.<sup>15</sup> Bij gebreke daaraan formuleert het fonds een schikkingsaanbod dat de materiele en immateriele schade dient te omvatten. Vermelding verdient dat het fonds

bestaat bij de gratie van het feit dat de staat het leeuwendeel van de financiering voor rekening neemt. Deze genereuze houding van de staat is overigens nogal begrijpelijk in het licht van de dubieuze rol die hoge ambtenaren en zelfs ministers in deze affaire hebben gespeeld.

#### 4. Proef op de som: een wettelijk asbestfonds?

De asbestproblematiek is het schoolvoorbeeld van een sluimerende schade-eifenis uit het verleden die thans in volle omvang loskomt. Naar verwachting loopt het aantal toekomstige slachtoffers in de tienduizenden.<sup>16</sup> Zouden de prognoses zich verwezenlijken dan worden werkgevers en hun verzekeraars de komende decennia geconfronteerd met een potentiële aansprakelijkheidslast van miljarden guldens.<sup>17</sup> In de rechtspraak valt de laatste jaren een duidelijke slachtoffervriendelijke tendens te bespeuren. Met name bewijsrechtelijk is asbestslachtoffers (of hun nabestaanden) op een aantal manieren de hand gereikt.<sup>18</sup> Desalniettemin zijn procedures door de complexiteit van de materie vaak moeizaam. Bovendien wacht lang niet allen aan het eind compensatie. Daarom zou vanuit het perspectief van de slachtoffers heel wel verdedigd kunnen worden de vergoeding van asbestslachtoffers te bewerkstelligen langs andere dan civielrechtelijke weg.

11 *Gesetz über die Errichtung einer Stiftung: Hilfswerk für behinderte Kinder* BGBl. I 2018. Vgl. uitgebreid L. Dommring-van Rongen, *Schade vergoeden door fondsvorming*, oratie Utrecht 1996, pp. 5-9.

12 *Bundesverfassungsgericht* 8 juli 1976, NJW 1976, p. 1783 e.v., waarover uitgebreid L. Dommring-van Rongen, a.u. 1996a, t.a.p. en p. 27-29.

13 M.n. art. 1 Protocol 1 EVRM lijkt ons een serieus obstakel voor een verplicht schadefonds. Het EHRM heeft duidelijk naar voren gebracht dat aan de in dit artikel gewaarborgde individuele eigendomsrechten slechts bij hoge uitzondering getoerd mag worden. In *Lithgow and others v. UK* (EHRM 8 juli 1986, Serie A nr. 102) heeft het de eerder voor eigendom van onroerende zaken gekozen lijn (EHRM 21 februari 1986, Serie A nr. 98) expliciet doorgetrokken naar persoonlijke rechten, uitdrukkelijk ook in veel vorderingen omvattend. Onder normale omstandigheden kan *the taking of property in the public interest* slechts de toets van het artikel doorstaan indien daar volledige vergoeding tegenover staat. Zie uitgebreid hierover J.A. Frowein, *The protection of property in R.S.J. Macdonald et al. (eds) The European system for the protection of human rights*, Dordrecht/Boston/London 1993, pp. 515-530. Ten slotte kan wellicht nog een beroep baten op het in art. 1 Gw.jo. 14 EVRM verankerde gelijkheidsbeginsel en aan art. 14 Gw. dat wrakt tegen ontzegging.

14 Dit fonds werd eind 1991 ingesteld bij Loi 91-1406, art. 47 en handlen en voeten gegeven bij uitvoeringsdecreten Decr. 92-183 en 92-759. Zie uitvoerig over dit fonds Y. Lambert-Favre, *L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA*. Hier: *aujourd'hui et demain*, *Revue d'Immunité et de Droit Civil* 1993, pp. 1-32 en Y. Lambert-Favre, *Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA*, *Recueil Dalloz*, Cahier X, pp. 67-72.

15 Ex art. IV: 5 het fonds gehouden tot bewijs van sero-negativiteit van alle directe donoren. Dat deze veelal niet meer zijn te traceren kan tot wonderlijke consequenties leiden. Het *Cour d'Appel de Paris* nam in *l'arrêt Philippe P.* van 27 maart 1992 (92-1-38) o.g.v. dit vermoeden van besmetting aan in 1971 terwyl AIDS officieel pas 9 jaar later voor het eerst in Frankrijk werd geconstateerd.

16 Zie uitgebreid A. Burdorf et al., *rapport Schatting van de incidentie van asbest gerelateerde ziekten in de periode 1996-2030 door beroepsmatige blootstelling aan asbest in het verleden*, uitgave Ministerie van SZW, Den Haag 1997.

17 Uitgaande van een ruwe schatting van 10.000-20.000 slachtoffers over een periode van 20 jaar en een gemiddelde schadevergoeding van f. 100.000 beloopt de som van toekomstige claims f. 1-2 miljard, vgl. Wetenschappelijk Bureau SP, *rapport Asbest: De dubbele lijdensweg*, Rotterdam 1995, pp. 18-19.

18 Vgl. HR (april 1990), NJ 1990, 573 (Janssen/Nefabas) en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (J. van C. ipouwe/De Schulte), dat na terugverwijzing onlangs uitmondde in een toewijzend arrest van Hof Den Haag, 25 februari 1997, rolnr. 94/894 (niet gepubliceerd).

Ook vanuit het perspectief van de werkgevers zijn bezwaren aan te voeren tegen afwikkeling van asbestschade via het aansprakelijkheidsrecht. De bewijsverlichting voor slachtoffers heeft immers afwenteling van het bewijsrisico op de schouders van werkgevers als keerzijde. Daar het tegenbewijs meestal even moeilijk te leveren is, staat zulks in feite gelijk aan toerekening van aansprakelijkheid. Dat slachtoffers telkenmale het voordeel van de twijfel genieten kan ertoe leiden dat werkgevers per saldo meer schade moeten vergoeden dan zij kunnen hebben veroorzaakt. Bij de zoektocht naar een structurele en integrale oplossing voor deze en soortgelijke aan civielrechtelijk schadeverhaal inherente knelpunten zou een autonoom compensatiefonds in beeld kunnen komen.<sup>19</sup> Maar nog daargelaten de vraag of voor een dergelijk fonds het nodige draagvlak aanwezig is, lijkt ook hier de poging exclusiviteit van een eventueel autonoom asbestfonds te bereiken, te stranden op strijd met de grondrechten van betrokkenen. Bij de huidige stand van rechtspraak is de kans op succes van bijvoorbeeld gelaedeerden die lijden aan Mesotheliom een – *signature disease* – met een aanwijsbare en solvabele werkgever immers zo substantieel, dat hun bezwaarlijk de toegang tot de rechter kan worden afgesneden.

Niettemin zou kunnen worden gedacht aan een minder ambitieuze fondsvorm om bepaalde groepen asbestslachtoffers die door de mazen van het aansprakelijkheidsrecht dreigen te vallen, alsnog het recht op vergoeding toe te kennen. Deze laten zich ruwweg indelen in vier categorieën:<sup>20</sup> a. gelaedeerden die niet kunnen bewijzen dat hun ziektebeeld het gevolg is van blootstelling aan asbest of anderszins met bewijsnood kampen; b. gelaedeerden die hun schade weliswaar hebben opgelopen op de werkvloer, maar die onvergoed blijven omdat hun werkgever zich van aansprakelijkheid kan bevrijden;<sup>21</sup> c. gelaedeerden die hun vorderingsrecht door verjaring hebben verloren, en ten slotte d. zij die in beginsel een legitieme vordering hebben, maar van wie de werkgever inmiddels failliet is of simpelweg niet meer bestaat.

Oprichting van een wettelijk schadefonds ter ondervanging van een of meer van deze categorieën verhaalsproblemen veronderstelt allereerst duidelijkheid over de prealabele vraag van de voeding. Om daarbij de blik te richten op de nog bestaande en solvente werkgevers lijkt in eerste instantie redelijk, maar bij nadere reflectie allermunst vanzelfsprekend. Het is op zijn zachtst gezegd eigenaardig werkgevers die zich op grond van het aansprakelijkheidsrecht konden vrijpleiten via de achterdeur van een wettelijk schadefonds alsnog te belasten. Wordt de voedingsplicht beperkt tot werkgevers die zich niet van aansprakelijkheid konden bevrijden, dan impliceert zulks voor hen een dubbele betalingsverplichting: eerst in rechte voor hun eigen werknemers, en vervolgens via het schadefonds voor de rest van de bedrijfstak.

Los van de twijfels die men kan hebben over de billijkheid van een dergelijke oplossing, komen de grenzen van hun financiële mogelijkheden dan snel in zicht. Ook aanwijzing van derden om in de financiering bij te springen (heffingen op de industrie als zodanig, verplichte bijdragen van verzekeraars) leidt onvermijdelijk tot een negatieve herverdeling ten laste van onschuldigen.<sup>22</sup> De eerder als een Gordiaanse knoop geschetste voedingsvraag lijkt inderdaad nauwelijks te ontwarren.

De asbestnalatenschap ligt de samenleving zwaar op de maag. Dat omvangrijke groepen slachtoffers met hun schade blijven zitten, wordt in toenemende mate als maatschappelijk onwenselijk beschouwd. Bovendien wordt steeds vaker de vraag aan de orde gesteld of de weg naar schadeloosstelling van asbestslachtoffers, veelal ervaren als een juridische lydensweg, niet op enigerlei wijze is te bekorten.

De overheid lijkt zich de problematiek aan te trekken. In september van dit jaar kreeg prof. De Ruiter van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de opdracht als onafhankelijk adviseur te onderzoeken of een uitweg uit de problemen binnen bereik ligt. Diens rapport, dat eind maart het licht zag, brengt de knelpunten die optreden bij civielrechtelijk schadeverhaal van asbestslachtoffers helder in kaart.<sup>23</sup> Ook de standpunten van de verschillende betrokken partijen worden uitgebreid besproken. Opmerking verdient dat het advies, conform de opdracht, in de sleutel staat van praktische en politieke haalbaarheid. Dit is in zoverre jammer dat een meer inhoudelijke afweging van de pro's en contra's van de verschillende oplossingsrichtingen achterwege blijft. Ook fondsvorming komt er wat dat betreft bekaaid vanaf.<sup>24</sup> De juridische discussie over fondsvorming in dit verband ligt derhalve nog open.

De Ruiters belangrijkste conclusie is de wenselijkheid van oprichting van een centraal asbest-instituut. Zo'n instituut zou niet alleen belast moeten zijn met de opvang van en informatieverstrekking aan asbestslachtoffers, maar zou met name moeten fungeren als een brug tussen partijen. Enerzijds zou het instituut door een snelle en eenduidige behandeling van claims een gunstig klimaat dienen te scheppen voor overleg. Anderzijds wordt een taak gezien in daadwerkelijke bemiddeling om in den minne tot een vergelijk te komen of in ieder geval het voortraject van een procedure in rechte te stroomlijnen. De van slachtofferszijde wel geopperde gedachte van een voorschotfonds<sup>25</sup> om de ergste pijn te verzachten, wijst De Ruiter resoluut van de hand. Terecht benadrukt hij dat de procedurele rompslomp die

19 De onheilsplende proporties die de *asbestos litigation crisis* in de VS heeft aangenomen, heeft verschillende gezaghebbende schrijvers ertoe gebracht te pleiten voor een autonoom compensatiefonds, vgl. bijv. het belangwekkende voorstel van L. Brickman, *The Claims Management Act of 1991*. A proposal to the United States Congress, *Cardozo Law Review* 1991, pp. 1819-1917 waarover kritisch J.B. Weinstein, *Individual Justice in Mass tort litigation*, Illinois 1995, pp. 164-166.

20 Volgens het hierna uitvoerder te bespreken rapport *Asbestslachtoffers*, advies 10 v. de staatssecretaris van SZW, uitgebracht door prof. mr. J. de Ruiter, Ministerie van SZW, Den Haag 1997, pp. 17-22, valt van de thans hangende procedures naar schatting 15% in de categorieën a en b, 15% in c en 5 à 10% in d. Dit beeld is waarschijnlijk nog geïllustreerd omdat het geen rekening houdt met gelaedeerden die bij voorbaat afzagen van een beroep in rechte.

21 Constitutioneel vereiste voor werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7A 1638x BW is een tekortkoming in de zorgverplichting. Gedachte gaat vrijuit wanneer hij zich daarvan voldoende heeft gekwetst.

22 Zie uitvoerder de terecht bezwaren van M.G. Faure en T. Hartief, Een asbestfonds als alternatief voor aansprakelijkheid van de werkgever?, *Sociaal Recht* 1996, p. 39 e.v.

23 Rapport *Asbestslachtoffers*, a.w. Ministerie van SZW, Den Haag 1997.

24 Over het idee van een waarborgfonds wordt heengestapt onder verwijzing naar het gebrek aan financieel draagvlak (p. 33). Alleen een voorschotfonds wordt aan een korte beschouwing onderworpen (pp. 26-28).

25 Een voorschotfonds wordt onder meer bepleit door het Comité Asbestslachtoffers, vgl. voorts R.F. Ruers, Collectieve regeling voor asbestslachtoffers, *TMA* 1996, pp. 105-108. Zie beschouwend over deze fondsvorm Faure en Hartief, a.w. 1996, p. 40 c.v.

met uitkering gepaard zou gaan (voorschotprocedure, regres op de werkgever, bodemprocedure, eventuele terugvoeding) meer nadelen heeft dan voordelen. Daaraan kan worden toegevoegd dat het idee van een voorschot een zekere mate van waarschijnlijkheid vereist over de uiteindelijke rechterlijke toewijzing van schadevergoeding.

In een voorschotconstructie vallen slachtoffers in bovengenoemde categorieën a. tot en met d. dus buiten de boot. De facilitering van het vergoedingsproces door de werkzaamheden van een eventueel asbestinstituut kan hen evenmin baten. Voor de problematiek van de niet-verhaalbare vorderingen ziet het rapport geen in het geldend recht in te passen oplossingen. Geappelleerd wordt aan de politiek-maatschappelijke verantwoordelijkheid van de overheid om slachtoffers met onverhaalbare schade wegens faillissement of insolventie van de werkgever met een beperkte vergoeding tegemoet te komen. Inderdaad lijken aan financiering uit de algemene middelen de minste nadelen verbonden. Aanwijzing van alternatieve betalingsplichtigen ontmoet te veel bezwaren. Ons inziens is evenwel goed verdedigbaar de kring van uitkeringsgerechtigden ruimer te trekken. Als niet-juridische aansprakelijkheid maar *compassie* de grondslag is van een financiële handreiking lijkt de beperking tot categorie d. tamelijk arbitrair. Inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid door de werkgever heeft bij slachtoffers in categorie b. immers niet in de weg gestaan aan ontwikkeling van een asbestgerelateerde ziekte. Evenzeer is het wrang slachtoffers in categorie c. die in rechte voor een gesloten deur stonden ook publiekrechtelijke compensatie te ontzeggen op grond van de min of meer toevallige omstandigheid dat hun ziektebeeld zich manifesteerde na intreding van de verjaringstermijn. Er is vanuit het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel veel voor te zeggen ook deze slachtoffers in een (fonds?)oplossing te betrekken.

## 5. Niet-wettelijke fondsvorming

Tot zover over het advies van De Ruiters. De bezwaren tegen de afwikkeling van massaschadeclaims op de voet van het traditionele aansprakelijkheidsrecht zijn divers en zwaarwegend. Met name wanneer de rechter zich al heeft uitgesproken over centrale twistpunten als de vereiste en betachte zorgvuldigheid, sleutelverweren van gedaagde en het causaal verband tussen bepaalde typen schade en het vermeend onrechtmatig handelen, lijkt het weinig zinvol om dit proces talloze malen te herhalen voor de honderden resterende vorderingen. Dommering-van Rongen heeft erop gewezen dat er in dit soort zaken altijd een omslagpunt is. 'Als de belangrijkste vragen zijn uitgeprocedeerd, kan de omvang van de schadelast in kaart worden gebracht. Deze kan een bedreiging gaan vormen van de financiële positie van gedaagde. Ook ontstaat er door de veelvoud van zaken dan behoefte aan een vereenvoudigde afwikkeling. Op dat moment wordt een fonds aantrekkelijk.'<sup>26</sup> Dit is stellig juist. Voor individuele asbestgedaagden als De Schelde lijkt dit omslagpunt al gepasseerd,<sup>27</sup> en ook voor de Des-producenten ligt een kentering in het verschiep. De bereidwilligheid tot een alternatieve afwikkeling ten spijt, zal in de komende paragraaf echter blijken dat de mogelijkheden om tot een bevredigende fondsooplossing te komen in het Nederlandse recht beperkt zijn.

Hoe schraal de oogst is van dwangmiddelen die slachtoffers aan het huidige wettelijk instrumentarium kunnen onttelen om fondsvorming uit te lokken, zullen wij verderop uiteenzetten.

### 5.1. FONDSVORMING DOOR SCHADEVEROORZAKERS

Het staat individuele schadeveroorzakers natuurlijk vrij op eigen kracht een compensatiefonds van de grond te tillen. Een terrein waar al enkele malen met succes gebruik is gemaakt van ad hoc schadefondsen is dat van de luchtvaart aansprakelijkheid.<sup>28</sup> Ook in het milieurecht wordt schadevergoeding voor milieuongevallen, waarbij op voorhand duidelijkheid bestaat over de aansprakelijkheidsvraag, wel middels privaatrechtelijke convenanten langs fondsen geleid.<sup>29</sup> Dat in deze gevallen tot vrijwillige fondsvorming wordt overgegaan is deels te wijten aan de grote aandacht van de publieke opinie en de angst voor negatieve publiciteit. De schikkingsbereidheid wordt bovendien aanzienlijk vergroot als de juridische vragen overzichtelijk zijn. Met name bij luchtvaartongevallen is de groep van gelaedeerden immers homogeen en vrij duidelijk omlijnd, en zijn causaal verband en aansprakelijkheid nauwelijks aan twijfel onderhevig.<sup>30</sup> De meeste slachtoffers hebben een claim die waarschijnlijk voor rechterlijke toewijzing in aanmerking zou komen. Onder deze omstandigheden is het evident in het voordeel van laedentes om, zonder hun aansprakelijkheid te erkennen, middels een fonds snelle en eventueel volledige compensatie aan te bieden. Aldus kan een groot deel van de mogelijke geschillen worden geschikt voordat het tot een procedure komt, en blijven hen de daaraan inherente kosten en risico's bespaard.

In schadegevallen waarin de juridische kaarten minder helder op tafel lagen, is vrijwillige fondsvorming bij ons weten tot op heden in ons land niet voorgekomen. Een mogelijke verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat naar Nederlands recht geen fonds is te construeren dat een min of meer finale oplossing kan bieden. In de Verenigde Staten kunnen gedaagden in een *damages class action* in één klap tot een vergelijk komen met alle leden van een *class* (zie hierna). Weliswaar zijn gedaagden daarmee niet verlost van de claimslast van *opt-outs* en toekomstige eisers, maar deze *opt-out* benadering verschaft wel het belangrijke voordeel van overzichtelijkheid van de verder te lopen procesrisico's. Zouden in Nederland bijvoorbeeld de Des-producenten een fondsiniciatief willen ontplooiën dan kunnen zij zich alleen bedienen van de *opt-in* constructie. In praktijk komt dit erop neer dat producenten, groothandels en verzekeraars het eerst

26 L. Dommering-van Rongen, Een schadefonds voor asbestslachtoffers?, TMA 1996b, p. 101.

27 In het licht van de reeks verliezen die De Schelde recentelijk heeft moeten incasseren is haar positie thans allerminst rooskleurig. De verwachting is dat zij op korte termijn met een hausse aan claims zal worden geconfronteerd.

28 Zie nader bijv. A.S. Hartkamp en M.M.M. Tillema, *Mass torts: The Netherlands*, reports to the 14th international congress of comparative law, Athens 1994, 1995, pp. 54-56 en Dommering-van Rongen, *a.w.* 1996a, pp. 15-16. Zie verder meer in het algemeen R. Cleton, Aansprakelijkheid en schadevergoeding als nasleep van luchtvaartongevallen, *NJB* 1993, pp. 621-629 en H.J. Bunjes, Praktische aspecten bij de behandeling van massaschade, in *Massaschade*, Inleidingen symposium van de LSA, 1996, pp. 11-19.

29 Vgl. bijv. Broring, *a.w.* 1989, pp. 156-158.

30 Bovendien speelt veelal op de achtergrond het risico mee dat de procedure zich naar de VS zal verplaatsen. Na de Blymcraamp is de 'Amerikaroute' inderdaad gevolgd.

binnenskamers eens moeten worden in welke onderlinge verhouding zij aan de vulling van het fonds zullen bijdragen. De overeengekomen verdeelsleutel onttrekt zich verder aan het zicht van de buitenwacht.

Vervolgens kunnen er twee wegen worden bewandeld. In de eerste plaats kunnen laedentes zonder inspraak van derden een vergoedingsregeling in elkaar zetten, welke via belangenorganisaties of publicatie in de landelijke dagbladen aan slachtoffers wordt voorgelegd. Het voorstel, dat privaatrechtelijk het karakter heeft van een aanbod in de vorm van een conceptovereenkomst, zal elementen in zich moeten bergen als een aanduiding van het fonds als vertegenwoordiger van laedentes, een omschrijving van de schadebrengende gebeurtenis, een omschrijving in abstracto van de schadegevallen die voor schikking in aanmerking komen, een formulering van de uitkeringscriteria en -bedragen volgens een vaste schadevergoedingsmatrix of naar redelijkheid vast te stellen, een uitdrukkelijk voorbehoud van alle verweren van laedentes ter zake van aansprakelijkheid of anderszins, en ook een finale kwijting door de slachtoffers.

Een tweede mogelijkheid is dat belangenorganisaties of representanten van gelaedeerden aan de tafel worden genodigd om in overleg een schikking te treffen die in de vorm wordt gegoten van een overeenkomst met derdenbeding, zodat gerechtigden naar believen kunnen toetreden.<sup>31</sup>

Vanuit het perspectief van de schadeveroorzakers lijkt het belangrijkste bezwaar dat een *opt-in* fonds de beheersbaarheid nauwelijks verbetert. Het blijft moeilijk een inschatting te maken hoeveel slachtoffers zij nadien nog in de rechtszaal zullen treffen. Bovendien bestaat het risico van antiselectie, omdat het fonds als een magneet zou kunnen werken voor onverdienstelijke claims met alle onnodige administratieve kosten vanden. Desalniettemin kan het in het zicht van een dreigende opeenstapeling van procedures een wijze beslissing zijn om gelaedeerden een (fonds)alternatief te bieden. In ieder geval kunnen door solide afspraken eindeloze onderlinge (regres)procedures tussen producenten en met verzekeraars worden vermeden.

## 5.2. FONDSVORMING OP VORDERING VAN SLACHTOFFERS

Voor slachtoffers is fondsvorming door laedentes niet per definitie ideaal. Niet alleen het oprichtingsmoment, maar ook de uitkeringsvoorwaarden worden immers eenzijdig door hun wederpartij gedictéerd. Weliswaar staat het gelaedeerden met een 'harde' vordering vrij niet tot de schikkingsovereenkomst toe te treden, maar wanneer het enige alternatief bestaat uit een moeizame procedure, is de verleiding groot een dubieus aanbod toch te aanvaarden. Ten slotte zal vergoeding van kleine claims met geringe '*litigation strength*' waarschijnlijk achterwege blijven. Een evenwichtige oplossing van de massaschadeproblematiek veronderstelt dat niet alleen wordt uitgegaan van de belangen van gedaagden, maar dat er tevens aandacht is voor gerechtvaardigde belangen van slachtoffers. Ook bij hen bestaat de behoefte aan een snelle en kosten-efficiënte afhandeling van hun vorderingen. Zij zijn het immers die het meest te lijden hebben onder de lange wachttijden, hoge kosten en andere negatieve bijwerkingen van de klassieke wijze van procesvoering. Dit impliceert dat idealiter ook benadeelden in massaschadegeschillen de middelen in handen moeten hebben om een

collectieve (fonds)oplossing te forceren, zonder het moment af te hoeven wachten dat gedaagden geschikt achten.

In theorie is de eenvoudigste weg naar compensatie van het collectief van slachtoffers de mogelijkheid om in het verlengde van het onrechtmatigheidsoordeel omtrent het handelen van gedaagde de vorming van een fonds te kunnen uitlokken. Ook de eisers in de Des-zaak moeten zich dat hebben gerealiseerd, want in het cassatiemiddel werd op de valreep nog oprichting van een gezamenlijk fonds bepleit, dat rechtvaardiging zou vinden in de collectieve aansprakelijkheid van de producenten.<sup>32</sup> De Hoge Raad zag weinig heil in deze motivering. Nog daargelaten 's-Raads verwerping van de aangevoerde rechtsgrond, kunnen individuele eisers in ons rechtssysteem helaas nu eenmaal niet zonder expliciete toestemming namens derden optreden, laat staan voor een onomlijnde groep lotgenoten. Figuren als de *class action* of de *representative action* zijn in ons land onbekend. Juist de collectieve schadevergoedingsactie blijkt in rechtssystemen die haar wel kennen de sleutel te bevatten voor een niet-wettelijke fondsooplossing. In de VS heeft het fonds zich in massaschadegeschillen ontwikkeld tot verlengstuk van de civiele procedure. De centrale rol die de *class action* hierbij inneemt wordt thans belicht.

## 6. Amerikaanse ervaringen met 'mass torts'

De proporties die bepaalde massaschadegeschillen in de VS hebben aangenomen, doen onze spaarzame ervaringen met dit fenomeen verbleken. Exemplarisch is de overspannen staat waarin de *asbestos-litigation* verkeert.<sup>33</sup> *Individual justice* is niet steeds meer mogelijk, een zekere mate van confectierechtspraak blijkt onvermijdelijk. Het Amerikaanse procesrecht biedt rechters instrumenten om orde te scheppen in meerpartijgeschillen. De bekendste daarvan is de in Rule 23 verankerde *class action*, die individuele eisers in staat stelt op te treden namens hun *class*.<sup>34</sup> Waar het ons hier om gaat is de *damages class action*, gericht op collectief schadeverhaal. Hoewel aanvankelijk weerstand bestond tegen gebruik in massaschadeconflicten,<sup>35</sup> zijn rechters deze figuur steeds vaker en creatiever gaan aanwenden om de afdoening van ver-

31 Vgl. N. Frenk, *Collectieve acties in het privaatrecht*, diss. Utrecht 1994, p. 306.

32 In onderdeel 7 van het cassatiemiddel wordt bepleit dat het op de markt brengen van Des moet worden opgevat als een door het collectief van producenten jegens het collectief van gelaedeerden begane onrechtmatige daad.

33 Hoewel het aantal ingediende asbestclaims de 400.000 al is gepasseerd, komen er voor elke afgedane vordering drie bij. Ramingen van de nog uit te keren schadevergoedingslast variëren van dertien tot dertig miljard dollar, vgl. *In Re Joint E & S Dist. Asbestos Litig. (Findley v. Blinken)*, 129 BR 710, 907, 933 (E & S D N.Y. 1991). In een alarmerend rapport van een door de Chief Justice benoemd comité van wijze mannen wordt gesproken van een 'impending disaster'. Vgl. *report of the judicial conference ad hoc committee on asbestos litigation* 1991, p. 26.

34 Zie uitgebreid over de (procedurele aspecten van) de verschillende vormen van *class actions* Frenk, *a.w.* 1994, pp. 202-22.

35 Vgl. in die zin de federale wetgever in *Fed. R. Civ. P. 23 advisory committee's note* 1966, waarover o.m. C.J.J.M. Stolker, *U bent met te veel, dus krijgt u niets*, in: Massaschade. Inleidingen symposium van de LSA 1996, p. 49.

De rechtspraak heeft zich hieraan lange tijd geconformeerd. De reden van de ommzwart wordt treffend verwoord door Weinstein, *a.w.* 1995, p. 135: 'As a judge I have been forced to ignore this ( ), faced with the practicalities of mass tort litigation. In the early 60s we did not fully understand the implications of mass tort demands on our legal system.'

goedingsaanspraken te stroomlijnen.<sup>36</sup> Om een efficiënte en gebundelde afwikkeling van vorderingen te bewerkstelligen wordt in het merendeel van de *class actions* in de praktijk op een schikking aangestuurd, waarbij een alternatief distributieplan middels een *settlement fund* in het leven wordt geroepen.<sup>37</sup> Rule 23 voorziet de rechter van verregaande bevoegdheden om het schikkingsproces naar eigen inzicht in te richten. Bovendien behoeft de *class action settlement* zowel op onderdelen als met betrekking tot het eindresultaat diens uitdrukkelijke goedkeuring. Een beproefde methode is om de onderhandelingen in twee fasen te structureren. De eerste fase is louter gericht op *aggregate assessment* van de schadevergoeding, ofwel de vaststelling van de vergoedingsplicht van de laedens jegens het collectief van eisers.<sup>38</sup> Bij certificering van de *class action* hebben leden van de *class* gelegenheid zich aan de werking van de uitspraak te onttrekken. Partijen die geen gebruik hebben gemaakt van dit *opt-out* recht worden aan het rechterlijk oordeel over de omvang van de totale vergoedingssom gebonden. Het vonnis voorziet tevens in de betalingsmodaliteiten van gedaagde aan het fonds. Belangrijke verdienste van de twee-fasen-benadering is dat gedaagden vervolgens bij de onderhandelingen tussen gelaedeerden over vormgeving van de uitkeringsprocedure van het fonds niet meer betrokken hoeven te zijn.

Ook de inrichting van het eigenlijke distributieproces is onderworpen aan het oordeel van de rechter. Het gaat daarbij in de eerste plaats om rechtsvorm en beheer van het op te richten schadefonds. Voorts komen cruciale vragen aan de orde als de afbakening van de kring der gerechtigden, de bepaling van de volgorde van behandeling van claims, de paring van uitkeringsmodaliteiten aan specifieke soorten schade en ten slotte de daarbij aan te leggen bewijsmaatstaven. De wettelijke regeling van de collectieve schikking geeft rechters voldoende ruimte om de uitkeringsprocedure toe te snijden op de concrete omstandigheden van het geval en de omvang van de beschikbare gelden.

Dit leidt tot zeer verschillende resultaten.<sup>39</sup> Over het algemeen wordt in meer of mindere mate gebruikgemaakt van gestandaardiseerde vergoedingscategorieën gekoppeld aan vereenvoudigde bewijsvoorwaarden. De praktijk laat zelfs voorbeelden zien van distributieregelingen waarbij het bewijs dat men tot de *class* behoorde, volstond om in aanmerking te komen voor een (vaststaande en beperkte) vergoeding. Causaal verband en omvang van de daadwerkelijk geleden schade zijn dan irrelevant.<sup>40</sup> Daarentegen zij er ook fondsen waar gewerkt wordt met een geïndividualiseerde schikkingsprocedure waarin elke claim op zijn specifieke merites wordt beoordeeld.<sup>41</sup> Een aantal compensatiefondsen stelt verschillende verhaalspistes open, waaruit gelaedeerden zelf een keuze kunnen maken. Enerzijds worden (gehimiteerde) forfaitaire uitkeringen gedaan in een laagdrempelige procedure, anderzijds kan aanspraak worden gemaakt op een hoger bedrag na een meer individuele benadering op tegenspraak. Omdat aldus de verdienstelijke claims vanzelf in laatste categorie komen bovendien, valt de noodzaak weg de totaliteit van vorderingen aan een minitieuze en kostbaar onderzoek te onderwerpen. Deze meertrapsprocedure blijkt in termen van proceseconomie en kostenbeheersing een succesvolle formule.<sup>42</sup>

## 7. Toekomstige wegen naar fondsvorming

De Nederlandse pendant van het collectieve actierecht is sinds enkele jaren wettelijk verankerd in de art. 3:305a e v BW.<sup>43</sup> Een belangrijk verschil met de Amerikaanse *class action* schuilt in het feit dat de collectieve actie niet kan strekken tot schadeverhaal. De gebundelde afdoening van vergoedingsaanspraken is in lid 3 categorisch uitgesloten. De motivering van de wetgever om deze weg af te snijden, is de vrees voor juridisch-technische complicaties in de vergoedingsfase.<sup>44</sup> Voordat de vergoedingsvraag in massaschadegeschillen überhaupt aan de orde kan komen, zijn echter talrijke hobbels te nemen die zich zonder bezwaar lenen voor collectieve beslechting. De ervaring met Amerikaanse *class actions* leert bovendien dat de gestroomlijnde afdoening van gemeenschappelijke knelpunten in de aansprakelijkheidsfase als fundament voor een fondsoपlossing moelijk kan worden gemist. Dat kind wordt door de stellige uitsluiting van collectief schadeverhaal met het badwater weggegooid. Slachtoffers worden er het slachtoffer van.

Bij het denken over de modaliteiten van een wettelijke regeling van collectief schadeverhaal is het nuttig de procedure te onderscheiden in twee fasen. De scheidslijn loopt tussen de gemeenschappelijke geschilpunten en die kwesties die een meer individuele beoordeling behoeven; dat onderscheid stemt ruwweg overeen met de aansprakelijkheidsvraag en de vergoedingsvraag. Omdat de vorming van een fonds als mogelijke oplossing pas in beeld komt wanneer een zekere mate van helderheid bestaat over de aansprake-

36 Zie bijv. de asbest-*class action* *Cimono v Raymark Industries*, 751 F. Supp. 653 (E.D. Tex. 1990), waarin de duizenden eisers werden onderverdeeld in schadecategorieën, waarna berichtgeving volgde van *samples* daarvan. De resultaten daarvan werden geëxtrapoleerd naar de *class*. Vgl. hierover Stolker, *a.w.* 1996, p. 50, vgl. uitbreider S. Issacharoff, *Administering damage awards in mass tort litigation*, 10 *Rev. Lit.* 1991, pp. 463-494, M.J. Saks en P.D. Blanck, *Justice improved: The unrecognized benefits of aggregation and sampling in the trial of mass torts*, *Stanford Law Rev.* 1992, pp. 815-851. De *sampling*-procedure heeft reeds enkele malen navolging gevonden. Vgl. bijv. *In re Shell Oil Refinery*, 136 F.R.D. 588 (E.D. La. 1991).

37 Een tweede weg om vergoedingsverplichtingen via een fonds te leiden, is de procedure in Chapter 11 van de *Bankruptcy code*, gericht op de reorganisatie en doorstart van ondernemingen in nood. Vorderingen van huidige en toekomstige benadeelden worden door het reorganisatieplan omgezet in aanspraken op een daarin geschapen *claims resolution facility*. Kortheidshalve gaan aan de bijzonderheden voorbij. Vgl. voor een korte beschrijving Frenk, *a.w.* 1994, pp. 222-224.

38 Een complicerende factor daarbij is het mogelijk bestaan van toekomstige eisers. Vgl. over de praktische problemen en oplossingen uitgebreid Hustinx, *a.w.* 1997, hoofdstuk 3.

39 Vgl. voor een uitgebreide bespreking en vergelijking van een aantal bekende Amerikaanse massaschadecompensatiefondsen Hustinx, *a.w.* 1997, hoofdstuk 3.

40 Vgl. bijv. *Agent Orange Payment Program* waarover bijv. P.H. Schuck, *Agent Orange on trial: Mass toxic disasters in the courts*, Harvard University Press, Cambridge 1986.

41 Vgl. bijv. (de oorspronkelijke) *Manville Personal Injury Settlement Trust*, waarover M.S. Smith, *Resolving asbestosis claims: The Manville Personal Injury Settlement Trust*, 53 *Law & Contemporary problems*, Autumn 1990, pp. 27-37.

42 Vgl. bijv. de *Dalkon Shield Claimants Trust*, waarover bijv. Donnering-Van Rongen, *a.w.* 1996a, pp. 9-10. Bij de inrichting van het distributieproces van recentere fondsen is hierbij regelmatig aansluiting gezocht.

43 W.v.t. van 6 april 1994 (*Stb.* 1994, 269), vgl. voorts art. 3:305b BW.

44 Vgl. Toelichting bij het Wetsvoorstel Collectief Actierecht, MvT, p. 3.



lijkheidsvraag, richten wij ons in hoofdzaak op de vergoedingsfase<sup>45</sup>

Het is onvoldoende eenvoudig een streep te halen door art. 3:305a lid 3 BW. Het enkel schrappen van deze bepaling zou het toepassingsbereik waarschijnlijk beperken tot gevallen waarin geen noemenswaardige individuele vragen rijzen. De wetgever kan er niet omheen in een algemene regeling de nodige procedurele voorschriften aan te dragen,<sup>46</sup> deze zullen met name op enigerlei wijze orde moeten scheppen in de fase waarin gedaagdes aansprakelijkheid dient te worden vertaald in een concrete vergoedingsverplichting in individuele zaken. Dan immers dreigen de door de wetgever gevreesde juridisch-technische complicaties op te treden.

Gebundelde afdoening van vergoedingsaanspraken zou op zich geen novum zijn in het Nederlands recht. Verschillende deelgebieden, zoals het faillissementsrecht, kennen reeds voorschriften waarin de mogelijkheid van centrale behandeling van vorderingen wordt geboden. In sommige van deze wettelijke regelingen is bovendien al daadwerkelijk een fondsconstructie in het leven geroepen. Met name kan daarbij gewezen worden op de regeling van art. 320a-z Rv<sup>47</sup> waarop inhaken art. 22-32 WAKO en de afdelingen 14.1 en 19.4 van Boek 8 BW (aansprakelijkheid vervoer gevaarlijke stoffen). Verschillende schrijvers hebben ervoor gepleit bij de inrichting van een collectieve procedure in de vergoedingsfase van massaschadegeschillen bij bovengenoemde regelingen aan te knopen.<sup>48</sup> In beginsel is dat verdedigbaar, maar bedoeld model leent zich hooguit voor gebruik in bepaalde gevallen van massaschade. De deugden van de regeling staan en vallen bij de gratie van de mogelijkheid de aansprakelijkheid van de laedens te beperken. Een dergelijke aansprakelijkheidslimitering, die het niet zonder wettelijke basis kan stellen, is echter meer uitzondering dan regel. Als algemene procedurele onderbouw om tot fondsvorming te komen is bedoelde regeling ontoereikend.<sup>49</sup>

Meer in het algemeen lijkt het ons weinig vruchtbaar de afwikkeling van massaschade en in het bijzonder middels fondsvorming te stoppen in een keurslijf van gedetailleerde regels. De samenstelling van de groep gelaedeerden, de aard en omvang van de schade, de solvabiliteitspositie van de laeden(te)s en de overige concrete omstandigheden kunnen immers van geval tot geval sterk variëren.

## 8. Fondsvorming à l'Américaine (na een collectieve schikking)

Een wettelijke basis voor fondsvorming moet ons inziens veeleer worden gezocht in een raamwerk dat de voorwaarden schept voor een flexibele, praktijkgerichte aanpak.<sup>50</sup> Dit resultaat is te bereiken door wettelijke inbedding van een fondsvormingsmogelijkheid in de collectieve actieregeling. Een evenwichtige regeling, die bovendien in de pas zou lopen met de in het buitenland reeds geldende collectieve actiewetgeving, dient daarom de beslissing of en onder welke voorwaarden partijen in een collectieve schadeverhaalsprocedure worden toegelaten, bij de rechter te leggen. Het ligt in de rede om bij de aanpassing van de vaderlandse collectieve actieregeling inspiratie te putten uit de waarborgen, criteria en beheersbevoegdheden zoals verankerd in de

Amerikaanse Rule 23. Waar het ons hier vooral om gaat is dat indien de belangrijkste commune vragen zijn uitgeprocedeerd en gelaedeerden of laeden(te)s de wil hebben kenbaar gemaakt tot een vereenvoudigde afwikkeling te komen, rechters in staat moeten zijn een collectieve naar Amerikaans voorbeeld te initiëren. De schikkingsonderhandelingen behoren aan voortdurend toezicht en continue begeleiding van de rechter te zijn onderworpen, hetgeen impliceert dat deze is toegerust met toereikende bevoegdheden om het verloop te sturen of bepaalde eisen met betrekking tot de uitkomst op te leggen.

De tussenstap van *aggregate assessment* blijkt in de Amerikaanse praktijk een snelle weg te zijn naar de vorming van een fonds. Dit pleit ervoor om ook in de Nederlandse regeling de rechter de vrijheid te geven, indien mogelijk, aan het begin van het schikkingsproces de aansprakelijkheidsomvang jegens het collectief van in de onderhandelingen betrokken gelaedeerden als totaalbedrag vast te stellen. Daarbij zou de rechter desgewenst kunnen terugvallen op het instrument van de matiging ex art. 6:109 BW. Is het te vroeg om hiertoe over te gaan, dan dient de rechter ook een meer open voedingsformule op te kunnen leggen om vorming van een fonds te bewerkstelligen. Na dit punt in het collectieve schikkingsproces zouden gedaagden in principe geen bemoeienis meer hebben met de daadwerkelijke verdeling van het fonds. Zijn diverse laedentes in het spel, dan vormt de vaststelling van de totale schadesom tegelijkertijd de basis voor hun onderling overleg over de verdeelsleutel van bijdrageverplichtingen, waarbij eisers op hun beurt niet betrokken hoeven te zijn.

In de tweede fase van de collectieve schikkingsonderhandelingen is een distributieregeling van de beschikbare gelden uit te werken. Hierin dienen de essentialia van het in het leven te roepen fonds te zijn neergelegd (definiering van categorieën compensabele schade, richtlijnen voor de behandeling van vorderingen, vaststelling bewijscriteria en uitkeringsmodaliteiten). Bij de concrete inrichting van het fonds zouden elementen uit de in de Amerikaanse fondspraktijk nuttige bouwstenen kunnen voorzien. In de eerste plaats verdient gebruik van de techniek van *damage scheduling* aan-

45 Bij de kwesties die in de eerste fase regeling behoeven kan bijvoorbeeld gedacht worden aan vaststelling van (additionele) ontvankelijkheidsvoorwaarden. Voorts dient te worden uitgemaakt of het recht een collectieve actie aan te zwengelen moet worden voorbehouden aan belangenorganisaties, of dat naar analogie met de *class action* ook individuele gedupeerden die vrijheid moet toekomen. Tot op zekere hoogte is laatste kwestie overigens van weinig praktisch gewicht door het gemak waarmee gelaedeerden in Nederland een vereniging of stichting op kunnen richten. Wel is cruciaal dat niet alleen de eisende partij, maar ook (potentiele) gedaagden een collectieve actie kunnen initiëren.

46 Vgl. in die zin ook MvT p. 3.

47 Zie voor een uitvoerige beschrijving F.J. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* (dissertatie Leiden 1990, Zwolle 1990), pp. 197-208, Burgerlijke rechtsvordering (Wetdevin), art. 320a-320z, pp. 738a-748.

48 In het bijzonder wordt zulks geopperd door Frenk, *a.w.* 1994, p. 298, 303-306 die aarzeland bijval lijkt te krijgen van Hartkamp en Tillemans, *a.w.* 1995, pp. 66-67 en A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996, pp. 342-343.

49 Vgl. in die zin ook E. Bauw, Tussen traditie en efficiëntie naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade, *NJB* 1995, p. 627 en B. Wachter, Limieten van de aansprakelijkheidsverzekering, in *Handelsrecht tussen Koophandel en Nieuw BW*, Zwolle 1988, p. 266.

50 Vgl. ook Dommering-van Rongen, *a.w.* 1996a, p. 36 e.v.



beveling<sup>51</sup> De mate van verfijning en nuance van de vergoedingsmatrix kan daarbij afhankelijk worden gesteld van de specifieke omstandigheden van het massaschadegeval. In de tweede plaats kan worden aangeknoopt bij de *proof of claim* procedure opgedragen aan een *special master*. Binnen ons rechtssysteem lijkt de *special master* rol te kunnen worden vervuld door een speciaal te benoemen rechter-commissaris. De mogelijkheid om hun deze taak te geven behoeft overigens wel een uitdrukkelijke wettelijke basis.

De sluitsteen van de hier voorgestane wetsaanpassing bestaat uit een bepaling die de beëindiging van elke collectieve schadeverhaalsactie of schikkingsprocedure aan rechterlijke goedkeuring onderwerpt. Het fiat van de rechter voorziet in de schikkingsovereenkomst neergelegde fondsverdelingsprocedure van de nodige autoriteit en, waar het hier vooral om gaat, van een zekere bindende werking.

Uiteraard kan een fondsoptlossing pas ten volle vruchten afwerpen wanneer (een groot deel van de) gelaedeerden daadwerkelijk worden gebonden. Daarnaast is het om een optimale reikwijdte van de uitspraak van te verzekeren van belang dat deze binding geschiedt op basis van een *opt-out* regeling. Art. 3:305a lid 5 BW biedt in beginsel een kapstok voor een dergelijke constructie. Een eigenaardigheid van de huidige regeling is echter dat het gezag van gewijsde in een collectieve actie zich niet uitstrekt over individuele benadeelden ten behoeve van wie de actie is ingesteld.<sup>52</sup> Deze restrictie houdt voornamelijk verband met de overweging

dat benadeelden een eventueel falen of inadequate vertegenwoordiging door de belangenorganisatie, niet mag worden tegengeworpen. Bovendien is er de dreiging van art. 17 Gw jo. 6 EVRM. Om tot een bevredigende wettelijke regeling te komen is het echter noodzakelijk om water bij de wijn te doen. Een aanvaardbare tussenoplossing lijkt ons om naar Amerikaans voorbeeld het gezag van gewijsde uit te breiden tot diegenen die, door hun *opt-out* recht onbenut te laten, hebben gekozen zich neer te leggen bij de uitspraak.<sup>53</sup> Een dergelijke benadering doet enerzijds recht aan de belangen van individuele eisers die hun vordering in een afzonderlijke procedure te gelde willen maken. Anderzijds wordt de rechter in staat gesteld de geschillen tussen laedens en de overige gelaedeerden definitief te beslechten en tegelijkertijd laatsten een snelle en rechtvaardige schadevergoeding via een compensatiefonds te verzekeren.

51. Vgl. aldus ook Bauw *et al.* 1995 p. 628 die benadrukt dat daarbij het uitgangspunt vooral moet zijn dat de distributieregeling werkbaar is en zoveel mogelijk voorkomt dat het komt tot individuele procedures in de vergoedingsfase.

52. MvT p. 26. De bevoegdheid die dit wetsvoorstel biedt vult waar nodig de individuele bevoegdheid om te procederen aan, maar treedt niet in haar plaats. De bindende werking van de uitspraak treft slecht partijen in de zin van art. 67 Rv (d.w.z. eiser en gedaagde).

53. Vanzelfsprekend veronderstelt zulks wel een voldoende zekerheden omklede kennisgevingsregeling. Ook op dit punt zou de wetgever op het kompas van Rule 23 kunnen varen.